

University of Groningen

Open voorkeur in een ICT aanbesteding

Paapst, M.H.

Published in:
Open source jaarboek 2008-2009

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2009

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Paapst, M. H. (2009). Open voorkeur in een ICT aanbesteding. In *Open source jaarboek 2008-2009* (blz. 133-148).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Open voorkeur in ICT-aanbestedingen

Inleiding

Het Kabinet heeft aangegeven in deze kabinetsperiode een aantal maatschappelijke doelen te willen bereiken, zoals een goede participatie van burgers, duurzaamheid van informatie en innovatie, en een administratieve lastenvermindering door onder andere eenmalige gegevensverstrekking door burgers en bedrijven. Voor het bereiken van deze maatschappelijke doelen geldt interoperabiliteit in de communicatie en gegevensuitwisseling tussen bedrijven en overheden, tussen burgers en overheden en tussen overheden onderling als een noodzakelijke voorwaarde.

Interoperabiliteit kan met hulp van open standaarden verbeterd worden. Mede hierom wil het Kabinet het gebruik van open standaarden binnen de (semi-)publieke sector bevorderen. Deze ambitie is verwoord in het actieplan Nederland Open in Verbinding (NOiV).

Rijksdiensten, overige overheden en publieke instellingen worden vanuit dit actieplan geacht om uiterlijk vanaf december 2008 open standaarden als norm te stellen bij aanbesteding, inkoop en het gebruik van software. Of, als er anders wordt beslist, daar uitleg over te geven. Het actieplan spreekt in dit verband over 'comply or explain'.

Naast het bevorderen van interoperabiliteit vormen ook leveranciersafhankelijkheid en innovatiebevordering uitdrukkelijke doelen van het Kabinet. Daartoe ziet ze een rol weggelegd voor open source software. Voor de verwerving van deze software door organisaties in de (semi-)publieke sector geeft het Kabinet in het actieplan drie samenhangende uitgangspunten aan:

1. Bij ICT-opdrachten moet open source software bij gelijke geschiktheid de voorkeur krijgen.
2. Open source software wordt niet als norm gesteld, maar moet wel krachtig worden gestimuleerd.
3. Aanbieders van open source software moeten daadwerkelijk dezelfde kansen krijgen als aanbieders van closed source software.

Zowel de 'comply or explain'-regeling als de uitgangspunten voor de verwerving van open source software grijpen diep in op de wijze waarop organisaties in de (semi-)publieke sector omgaan met aanbestedingen en het verstrekken van ICT-opdrachten. Dit hoofdstuk gaat daarom voornamelijk in op de uitvoeringspraktijk van deze uitgangspunten. Omdat daarbij enige basiskennis van aanbestedingsprocedures noodzakelijk is, zal ik eerst een korte uiteenzetting geven over de meest gebruikelijke aanbestedingsprocedures. Waar in dit hoofdstuk gesproken wordt over 'aanbestedende organisatie' wordt bedoeld op alle organisaties in de (semi-)publieke sector die zich bezighouden met het proces van de verwerving van software.

Aanbesteden

Een aanbesteding is een procedure waarbij een aanbestedende organisatie bekend maakt dat hij een bepaalde opdracht wil laten uitvoeren en daartoe één of meerdere bedrijven vraagt om een offerte in te dienen. Aan de hand van tevoren vastgestelde criteria selecteert de aanbestedende organisatie vervolgens het bedrijf dat de

opdracht krijgt. Deze criteria kunnen onder meer bestaan uit eisen en wensen ten aanzien van de leverancier, ook wel selectiecriteria genoemd, en eisen en wensen ten aanzien van de in de offerte voorgestelde oplossing en de prijsstelling, de zogeheten gunningscriteria.

De opdracht wordt veelal gegund aan de partij die de *economisch meest voordelige aanbieding* doet. Dit is de partij die gemiddeld over alle criteria heen de meeste punten heeft verzameld. Daarbij is het dus niet nodig dat er op alle criteria goed wordt gescoord. Evenmin is het nodig dat de aangeboden oplossing altijd de laagste prijs heeft. Maar mocht geld wel het belangrijkste selectie criterium zijn, dan bestaat de mogelijkheid tevoren aan te geven dat een opdracht gegund zal worden aan de partij die de *goedkoopste* oplossing biedt. Bij ICT-opdrachten komen we deze gunningmethode echter zeer weinig tegen.

Het aanbestedingsrecht heeft als doel concurrentie te creëren door alle geïnteresseerde partijen een gelijke kans te geven de opdracht te verwerven.

Een Europese aanbesteding is een procedure waarbij de verwachte waarde van een bepaalde opdracht boven een zogenaamd drempelbedrag komt waardoor de aanbesteding moet worden gepubliceerd in het publicatieblad van de EU.¹

De belangrijkste Europese regelgeving op dit gebied bestaat uit de Richtlijn 2004/18/EG voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, en de Richtlijn 2004/17/EG voor de 'speciale sectoren', water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

Beide richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd via het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass). Uit deze regelgeving volgt dat er een vijftal procedures bestaan die gebruikt kunnen worden voor een aanbesteding. De bekendste zijn de 'openbare aanbesteding' en de 'niet-openbare aanbesteding'.

In het geval van een openbare aanbesteding wordt het volledige programma van eisen (en wensen) door de aanbestedende organisatie gepubliceerd en kan elke belangstellende leverancier aan de hand daarvan een offerte indienen. De selectie- en gunningscriteria worden daarna in een en dezelfde fase tegelijkertijd beoordeeld.

In het geval van een niet-openbare procedure wordt er slechts een zogenaamde selectieleidraad gepubliceerd. Daarin staat aan welke selectiecriteria een belangstellende leverancier moet voldoen om deel te kunnen nemen aan de procedure. Meestal staat in de selectieleidraad slechts zeer summier vermeld wat het onderwerp van de opdracht is en wat er verwacht wordt ten aanzien van de aan te bieden oplossingen. Hoewel elke leverancier in dit stadium een aanvraag tot deelneming kan indienen, zullen alleen de vervolgens door de aanbestedende organisatie geselecteerde leveranciers daadwerkelijk in het bezit worden gesteld van het programma van eisen. Aan de hand daarvan kunnen zij een offerte uitbrengen.

Hoewel deze procedure vooral bedoeld is om kwaadwillenden de toegang te versperren tot belangrijke informatie over bijvoorbeeld beveiligingsrisico's en staatsgeheimen, die men mogelijk zou kunnen afleiden uit een programma van eisen, lijkt de praktijk er op te wijzen dat de niet-openbare procedure ook bijzonder populair is bij aanbestedingen waar een dergelijk risico zich absoluut niet voor

¹ Het Europese aanbestedingsrecht maakt in de drempelbedragen onderscheidt tussen werken, diensten en leveringen. ICT opdrachten vallen doorgaans onder het drempelbedrag voor diensten waarbij in 2009 voor het Rijk een drempelbedrag geldt van €133000,- en voor de overige aanbestedende organisaties een drempelbedrag van €206000,-

doet. Door de geselecteerde leveranciers te verplichten tot geheimhouding blijft bijvoorbeeld onduidelijk hoe er in de aanbesteding daadwerkelijk is omgegaan met het voorgestane beleid in het actieplan NOiV, zoals het 'comply or explain'-principe ten aanzien van open standaarden. Hier zou derhalve een mooie rol zijn weggelegd voor bijvoorbeeld (lokale) rekenkamers en accountants die moeten toetsen op rechtmatigheid van de uitgaven.

Open standaarden: definities

Het actieplan NOiV volgt voor open standaarden de definitie van de Europese Commissie (programma IDABC). Deze luidt:

- de standaard is goedgekeurd en zal worden gehandhaafd door een non-profit organisatie. De lopende ontwikkeling gebeurt op basis van een open besluitvormingsprocedure die toegankelijk is voor alle belanghebbende partijen (consensus of meerderheidsbeschikking enz.);
- de standaard is gepubliceerd en over het specificatiedocument van de standaard kan vrijelijk worden beschikt of het is te verkrijgen tegen een nominale bijdrage. Het moet voor een ieder mogelijk zijn om het te kopiëren, beschikbaar te stellen en te gebruiken 'om niet' of tegen een nominale prijs;
- het intellectuele eigendom – met betrekking tot mogelijk aanwezige patenten – van (delen) van de standaard is onherroepelijk ter beschikking gesteld op een 'royalty free'-basis;
- er zijn geen beperkingen omtrent het hergebruik van de standaard.

Naast specificaties die aan deze definitie voldoen en daarmee open standaarden zijn volgens de door het kabinet gestelde norm, zijn er ook specificaties die (nog) niet geheel voldoen aan de definitie, maar die mogelijk wel kunnen bijdragen aan bevordering van de interoperabiliteit. Het actieplan noemt dit de open en vrije specificaties. Ze worden zo aangeduid:

- Open Specificatie: een specificatie die is gepubliceerd en over het document van deze specificatie kan vrijelijk worden beschikt, of het is te verkrijgen tegen een nominale bijdrage. Het moet voor een ieder mogelijk zijn om het te kopiëren, beschikbaar te stellen en te gebruiken 'om niet' of tegen een nominale prijs.
- Vrije Specificatie: een open specificatie die vrij is van juridische beperkingen die het gebruik en verspreiding bemoeilijken. Het intellectuele eigendom – met betrekking tot mogelijk aanwezige patenten – van (delen van) de standaard is onherroepelijk ter beschikking gesteld aan iedereen op een 'royalty free'-basis.

In de praktijk blijken specificaties overigens al snel te kunnen voldoen aan de definitie van 'Open specificatie'. Zo worden specificaties immers vaak gepubliceerd in vrij beschikbare documenten op het moment dat een leverancier de specificatie voor gaat leggen aan een standaardisatieorgaan. Zo'n orgaan zal vaak aan aangesloten leveranciers vragen de specificaties voor een ieder beschikbaar te stellen onder RAND-voorwaarden. RAND staat voor Reasonable And Non Discriminatory Licensing. Dat zou er in theorie voor moeten zorgen dat specificaties op redelijke voorwaarden door een ieder geïmplementeerd kunnen worden.

Om een specificatie te monopoliseren wordt door leveranciers echter veelal

gebruik gemaakt van een octrooi. En omdat octrooiaanvragen door het octrooibureau in het gratis toegankelijke openbare octrooiregister gepubliceerd worden, kan daardoor iedereen 'om niet' over het document van de specificatie beschikken. Daarmee voldoet het dus aan de definitie van 'Open specificatie'. Echter, de specificatie mag niet toegepast worden zonder toestemming van de octrooihouder, die daarvoor doorgaans van kleine en middelgrote concurrenten zeer hoge vergoedingen eist. Dit is mogelijk omdat de term 'Reasonable', die ook iets zou moeten zeggen over de hoogte van de octrooivergoeding, vrij te interpreteren is. Hierdoor kunnen grote bedrijven in samenwerking met elkaar de concurrentie buitensluiten. Omdat RAND in deze gevallen concurrentie en innovatie kan beperken, spreekt men in open source-kringen ook wel over 'RANDom at sight of competition'.

Ook zegt het beschikbaar zijn van de specificatie onder RAND-voorwaarden niets over de (on)mogelijkheid om de specificatie te verwerken in open source software. Het feit dat betaald moet worden voor het gebruik van een specificatie leidt er zelfs toe dat open source-programmeurs niet in staat zullen zijn om de specificatie te verwerken in open source software, laat staan dat ze verspreid zou kunnen worden onder een open source-licentie.

Tot slot moet opgemerkt worden dat leveranciers in hun communicatie met klanten vaak *Open specificaties* geheel ten onrechte omschrijven als *Open standaarden*. De redenering is dan dat de specificatie is vastgesteld door een standaardisatieorgaan en daarmee een *standaard* zou zijn geworden, terwijl de publicatie van deze standaard er toe zou leiden dat de standaard *open* is.

Bij vrije specificaties gaat het om open specificaties waarbij ten aanzien van de intellectuele eigendomsrechten de bovengenoemde beperkingen juist zijn opgeheven. Dit noemt men ook wel RAND+RF, waarbij RF staat voor Royalty Free. Hoewel vrije specificaties daardoor minder snel concurrentie en innovatie zullen beperken, blijven gebruikers van de specificatie afhankelijk van één partij voor het beheer en de doorontwikkeling. Het biedt gebruikers geen mogelijkheid om eventueel invloed uit te oefenen op de ontwikkelingsrichting van de specificatie.

Basislijst

Als eerste uitwerking van het actieplan NOiV is inmiddels door het Forum Standaardisatie in nauwe samenwerking met gebruikers en andere belanghebbenden een basislijst open standaarden opgesteld.² De standaarden (en specificaties) die zijn opgenomen op deze basislijst hebben tot doel interoperabiliteit te bevorderen en verandering teweeg te brengen. Ze zijn zorgvuldig getoetst aan de hand van vastgestelde criteria, waaronder:

1. *Openheid*. Bij de beoordeling van dit criterium wordt uitgegaan van het principe 'zo open mogelijk'. Dat wil zeggen dat een open standaard de voorkeur verdient boven een vrije specificatie. Een vrije specificatie verdient weer de voorkeur boven een open specificatie.
2. *Bruikbaarheid*. Dit criterium gaat in op de mate waarin een standaard daadwerkelijk toegepast kan worden. Het gaat hierbij om kenmerken van de standaard en de aansluiting van deze kenmerken op het voorgestelde toepassingsgebied. Daarbij kan gedacht worden aan volwassenheid, functionaliteit en concurrerende standaarden.
3. *Potentieel*. De mate waarin de standaard bijdraagt aan

2 Zie de website www.forumstandaardisatie.nl

leveranciersafhankelijkheid en het vergroten van interoperabiliteit.

4. *Impact*. Dit criterium refereert aan de gevolgen van het opnemen van de standaard op de lijst voor de partijen die hierdoor geraakt worden.

Voor het gebruik van de standaarden die na toetsing op de basislijst zijn geplaatst, geldt het principe *comply or explain*, ofwel 'pas toe of leg uit'. Dit principe komt er op neer dat organisaties in de (semi-)publieke sector bij inkoop of aanbesteding van software-oplossingen zullen moeten eisen dat de aangeboden oplossingen gebruik maken of ondersteuning geven aan de bij het toepassingsgebied behorende open standaarden, indien deze op de basislijst voorkomen. Als er goede gronden zijn aan te voeren om dat niet te doen, dient te worden vastgelegd welke die goede gronden zijn. Het principe laat dus de mogelijkheid open om na een gedegen afweging te kiezen voor niet op open standaarden gebaseerde ICT-diensten of -producten.

De afspraken hierover, vastgelegd in het actieplan NOiV, waren in de praktijk al van kracht vanaf 1 april 2008, maar ze zijn in november 2008 na een akkoord van de Europese Commissie ook officieel gepubliceerd in de Staatscourant als een besluit van de staatssecretaris van Economische Zaken³. De bij dit besluit gepubliceerde instructie fungeert ook als voorbeeld voor andere overheden en (semi-)publieke instellingen en hun uitvoeringsorganisaties voor de wijze waarop zij het gebruik van open standaarden dienen te bevorderen binnen hun organisaties. Hiertoe zijn inmiddels afspraken gemaakt in bestuursakkoorden en in de uitvoeringsagenda NOiV.⁴

De instructie geldt overigens niet alleen bij aankoop of inhuur van ICT-producten en -diensten, maar ook als de Staat der Nederlanden overgaat tot zelfstandige vervaardiging. Daarbij maakt het niet uit of er sprake is van nieuwe diensten of producten, dan wel van voortzetting van eerder verleende diensten, of van aanvulling op of wijziging van bestaande diensten of producten. Om te voorkomen dat in het laatste geval bij kleine wijzigingen het verplicht moeten kiezen voor een andere standaard zou leiden tot disproportioneel hoge kosten, geldt het *pas toe of leg uit*-principe niet voor ICT-opdrachten waarbij de waarde naar verwachting minder zal bedragen dan €50.000,- (exclusief BTW). De keuze voor dit bedrag is blijkens de toelichting op de instructie in zekere mate arbitrair, maar in de meeste gevallen zal het bij investeringen onder dit bedrag gaan om kleine aanpassingen van reeds bestaande ICT-systemen.

Organisaties in de (semi-)publieke sector dienen derhalve bij de aanschaf van ICT-diensten of producten boven de €50.000,- na te gaan of het beoogde toepassingsgebied voorkomt op de basislijst. Daar staan momenteel de volgende zes gebieden op, met een aantal bijbehorende standaarden:

1. berichtuitwisseling tussen instanties,
2. archivering van elektronische bestanden en documenten,
3. infrastructuren voor geo informatie ,
4. overheidswebsites en toegankelijkheid,
5. IT-beveiliging,

³ Staatscourant 2008, nr. 227, p 25

⁴ In de uitvoeringsagenda NOiV is niet alleen het 'comply or explain'-principe verankerd, maar ook opgenomen dat in 2009 75% van de gemeenten, waterschappen en provincies een beleid heeft ten aanzien van open standaarden. De uitvoeringsagenda is vastgesteld in de Regiegroep Dienstverlening en E-overheid onder voorzitterschap van staatssecretaris Bijleveld. De regiegroep bestaat uit bestuurlijke vertegenwoordigers van BZK, VNG, IPO, UvW, een aantal departementen en een vertegenwoordiger van grote uitvoeringsorganisaties (de 'manifestgroep'). Zie ook www.bzk.nl/actueel/114269/overheden-maken-werk

6. uitwisseling van reviseerbare documenten.

Inmiddels zijn een groot aantal nieuwe toepassingsgebieden en standaarden aangemeld en in vooronderzoek genomen.

Mocht de aan te schaffen ICT-dienst of -oplossing niet vallen onder de op de basislijst genoemde toepassingsgebieden, dan dient de aanbestedende organisatie zelf te onderzoeken of er voor de gewenste functionaliteit specifieke open standaarden beschikbaar zijn. Daarbij moet allereerst worden gekeken of er sprake is van een officiële Europese of internationale standaard. Mocht die er zijn, dan kan het zonder meer als eis of wens worden opgenomen in het bestek. Bij het ontbreken daarvan dient gekeken te worden of er sprake is van een vastgestelde Nederlandse standaard. Mocht die er ook niet zijn, dan moet verwezen worden naar nauwkeurig omschreven prestatie-eisen of functionele eisen.

Een aanbestedende organisatie moet bij het noemen van een specifieke standaard wel altijd de woorden 'of gelijkwaardig' opnemen. Inschrijvers zijn namelijk altijd gerechtigd om aan te tonen dat de door hen voorgestelde oplossing gelijkwaardig is aan de gevraagde standaard. Zo kan een inschrijver bijvoorbeeld OOXML aanbieden waar ODF gevraagd wordt. Daarom moet de gelijkwaardigheid van een alternatief bijvoorbeeld beoordeeld worden aan de mate waarin het bijdraagt aan het vergroten van de interoperabiliteit tussen ketenpartners. Om daarnaast te voorkomen dat inschrijvers toch een 'gelijkwaardige' gesloten standaard aanbieden, kan het nodig zijn om in het bestek aan te geven waarom het belangrijk is dat de gewenste standaard en de eventuele alternatieve 'gelijkwaardige' standaard een open standaard is.

Als het toepassingsgebied wel voorkomt op de basislijst dan dient de aanbestedende organisatie de bij dat toepassingsgebied genoemde standaard of standaarden mee te nemen bij de besluitvorming inzake het programma van eisen. Daarbij dient de aanbestedende organisatie te overwegen of het opnemen van de betreffende standaard als 'eis' in het bestek tot onoverkomelijke problemen zou kunnen leiden. Een eis is over het algemeen een knock-out criterium waar leveranciers aan zullen moeten voldoen, willen ze mee kunnen dingen naar een opdracht. Wanneer een leverancier niet aan de eis kan voldoen dan mag deze in de lopende aanbesteding niet meer meedoen.

Bij één of meerdere van de volgende situaties mag door de aanbestedende organisatie gebruik worden gemaakt van de explain-optie:

- Een dienst of product dat gebruik maakt van de betreffende open standaard zal naar verwachting onvoldoende worden aangeboden. De open standaard wordt in een dergelijk geval niet door meerdere leveranciers ondersteund op meerdere platforms.
- Een dienst of product dat gebruik maakt van de betreffende open standaard zal naar verwachting onvoldoende veilig of onvoldoende zeker functioneren. De bedrijfsvoering en/of dienstverlening komen daardoor op onaanvaardbare wijze in gevaar, inclusief beveiligingsrisico's.
- Andere redenen van bijzonder gewicht. Hierbij zal het gaan om aspecten van geld, tijd en capaciteit. Volgens de instructie mag hier echter niet al te lichtvaardig mee om worden gegaan. Het kabinet is bijvoorbeeld van mening dat de eventuele extra kosten van een migratie naar een interoperabel en op open standaarden gebaseerd ICT-systeem in beginsel geen reden mag zijn voor het gebruik van de explain-optie. Door de

gestelde grens van € 50.000 - alvorens de 'comply or explain'-regeling van toepassing is - zal de keuze voor deze specifieke explain-optie niet snel kunnen plaatsvinden.

Ook het niet zelf beschikken over voldoende capaciteit is volgens de toelichting op de instructie geen goede reden indien die capaciteit eenvoudig valt in te huren of indien in de organisatie nooit aandacht besteed wordt aan het op peil brengen van bestaande tekorten in de eigen capaciteit.

Indien één of meerdere van deze explain-criteria van toepassing zijn en de aanbestedende organisatie daarom wil afwijken van de open standaarden op de basislijst, dan dient zij bijvoorbeeld in het jaarverslag te verantwoorden waarom bij de bewuste ICT-opdracht gebruik werd gemaakt van de explain-optie.

Na keuze voor de explain-optie kan de aanbestedende organisatie één of meerdere van de volgende drie dingen doen.

1. De op de basislijst genoemde standaard meenemen als 'wens' in plaats van als 'eis'. Daardoor kunnen leveranciers alternatieven aanbieden en kan de aanbestedende organisatie een eigen wegingsfactor toepassen. Door de wens wordt het voor leveranciers mogelijk duidelijk aan welke standaarden er bij de aanbestedende organisatie behoefte is, terwijl het in tegenstelling tot een 'eis' niet hoeft te gelden als knock-out criterium.
2. Gemotiveerd kiezen voor een gesloten standaard.
3. In het algemeen een voorkeur uitspreken voor producten en diensten die gebruik maken van open standaarden. Deze optie is hieronder nader uitgewerkt.

Open standaarden in het algemeen

Naast het vragen om ondersteuning van een specifieke standaard ten bate van de interoperabiliteit is het ook mogelijk en naar mijn mening ook zeer aan te bevelen om in ieder *programma van eisen* in algemene zin te vragen om open standaarden. Daarbij geeft de aanbestedende organisatie namelijk aan dat zij over het algemeen een voorkeur heeft voor producten en oplossingen die gebruik maken van open standaarden. Daartoe dienen wel de vier kenmerken van open standaarden in het bestek te worden genoemd:

1. Open besluitvormingsprocedure

Dit kenmerk zorgt ervoor dat de aanbestedende organisatie niet afhankelijk is van één partij voor het beheer en de doorontwikkeling van de standaard. De open besluitvormingsprocedure maakt het mogelijk dat bij het beheer en de doorontwikkeling rekening zal worden gehouden met diverse belangen. Het biedt de aanbestedende organisatie zelf ook de mogelijkheid om eventueel invloed uit te oefenen op de ontwikkelingsrichting van de standaard.

2. Eenvoudig beschikbaar

Publicatie van een standaard maakt het mogelijk dat de standaard onafhankelijk van de beheerder kan worden geïmplementeerd. Hierdoor is de aanbestedende organisatie niet afhankelijk van één organisatie bij het uitwisselen van gegevens. Met name in informatieketens waarin veel partijen participeren is het bevorderlijk voor de toegankelijkheid dat de standaard is gepubliceerd. Wanneer gegevens voor langere tijd worden vastgelegd, zorgt de beschikbaarheid van de beschrijving van het bestandsformaat ervoor dat de gegevens ook in de toekomst kunnen worden

geopend.

3. Geen intellectuele eigendomclaims

Voor het gebruik van standaarden worden geen licentiegelden op basis van intellectuele eigendomsrechten in rekening gebracht. De royaltyfree basis voor gebruik zorgt ervoor dat er geen financiële drempel voor andere deelnemers in de informatieketen en voor andere software-ontwikkelaars is om de standaard te implementeren of zelfs maar te gebruiken. Dit is een belangrijke randvoorwaarde voor de toekomstige beschikbaarheid van overheidsinformatie. Dit is ook een randvoorwaarde voor het implementeren van de standaard in open source software.

4. Geen beperkingen omtrent hergebruik

Beperkingen omtrent het hergebruik van de standaard kan bepaalde partijen binnen de informatieketen uitsluiten van het gebruik van de betreffende standaard. Een standaard zou bijvoorbeeld alleen voor overheidspartijen kunnen gelden. Indien dan marktpartijen in de informatieketen zitten, dan zijn deze in dat geval uitgesloten van het gebruik van de standaard. Voor een aanbestedende organisatie kan dit betekenen dat organisaties en instellingen waaraan zij gegevens verstrekt of waarvan zij gegevens ontvangt geen gebruik kunnen maken van de standaard. In dat geval kan de standaard veel minder toegevoegde waarde hebben voor de aanbestedende organisatie. Ook dit kenmerk is een randvoorwaarde voor het implementeren van de standaard in open source software.

Op basis van bovenstaande vier kenmerken is het mogelijk om extra punten toe te kennen aan inschrijvingen die aan deze wens (gedeeltelijk) voldoen. Ook ontstaat zo duidelijkheid over de openheid van 'gelijkwaardige' standaarden.

Open source software: voorkeur bij gelijke geschiktheid

Het actieplan geeft over de verwerving van open source software door organisaties in de (semi-)publieke sector, en de kansen die dergelijke software moet krijgen, de volgende drie samenhangende uitgangspunten aan:

- Het kabinet wil open source software niet als norm stellen, maar wel krachtig stimuleren.
- Aanbieders van open source software moeten daadwerkelijk dezelfde kansen krijgen als aanbieders van closed source software.
- Bij ICT-opdrachten moet bij gelijke geschiktheid open source software de voorkeur krijgen.

Hoewel deze uitgangspunten met elkaar samenhangen krijgt vooral het uitgangspunt 'voorkeur bij gelijke geschiktheid' bovenmatig veel aandacht. Daarbij draait het vooral om de vraag wanneer sprake is van gelijke geschiktheid. Hier is feitelijk geen eenduidig antwoord op te geven omdat het antwoord afhangt van het gekozen perspectief. Zo zijn de volgende perspectieven te onderscheiden:

1. Sociaal/maatschappelijk perspectief,
2. Technologisch perspectief,
3. Economisch perspectief,
4. Politiek-bestuurlijk perspectief,
5. Juridisch perspectief,
6. Natuurlijk/milieuperspectief.

Voor elk perspectief kan het uitgangspunt afhankelijk van de betrokken belangen op een eigen manier uitgewerkt worden. Zo zal gelijke geschiktheid vanuit een milieuperspectief er heel anders uit kunnen zien dan vanuit een technologisch of economisch perspectief. Het milieuperspectief zal zich bijvoorbeeld richten op gelijke geschiktheid inzake energieverbruik, terwijl het economisch perspectief zich meer richt op gelijke geschiktheid inzake de TCO, de Total Cost of Ownership.

Het actieplan NOiV is voornamelijk geschreven vanuit het politiek-bestuurlijk perspectief en zal daarom via dit uitgangspunt vooral richting willen geven aan de te nemen beleidskeuzen en de te kiezen ICT-strategie ten aanzien van open source software. De politiek-bestuurlijke voorkeur voor open source software zou zich dan bijvoorbeeld kunnen vertalen in het standaard opnemen van gunningscriteria ten aanzien van de (open source) gebruiksrechten. Een open source-oplossing zal in vergelijking met een aangeboden closed source-oplossing, zelfs bij een gelijk puntenaantal op basis van functionele en technische criteria, door dit aanvullende gunningscriterium de voorkeur krijgen. Het bepalen van de zwaarte van dergelijke gunningscriteria dienen in een implementatiestrategie te worden opgenomen.

Een krachtige stimulans

Het tweede uitgangspunt van het kabinet - open source is geen norm, maar het gebruik moet krachtig gestimuleerd worden - heeft tot gevolg dat organisaties in de (semi-)publieke sector weliswaar niet verplicht zijn om in alle gevallen voor open source software te kiezen, maar wel dat zij moeten meewerken aan het stimuleren van het gebruik van open source software.

Alle ministeries, mede-overheden en instellingen hebben daarom in actielijn acht van het actieplan NOiV de opdracht gekregen om voor januari 2010 een implementatiestrategie te ontwikkelen voor de aanbesteding, inkoop en het gebruik van open source software. Deze opdracht is voor de mede-overheden ook verankerd in de eerder genoemde uitvoeringsagenda.

Als onderdeel van deze strategie kan een aanbestedende organisatie bijvoorbeeld vanuit politiek-bestuurlijk perspectief besluiten dat zij open source software in ieder geval wil meenemen als wens in het programma van eisen. Daardoor wordt de mogelijke aanbidding van open source software binnen een verwervingstraject gestimuleerd. Varianten die zich inmiddels in de praktijk hebben voorgedaan zijn criteria als: 'bij *gebleken* geschiktheid geven we de voorkeur aan open source software' of 'bij een puntenverschil van 2% of minder geven we de voorkeur aan open source software'.

Gunningscriteria in een aanbesteding dienen echter duidelijk en eenduidig te zijn. De beoordelingsmethode moet controleerbaar, doorzichtig en objectief zijn. Het is daarom bij alle varianten van belang om leveranciers van tevoren duidelijk te maken aan welke voorwaarden een ICT-oplossing zou moeten voldoen om in aanmerking te kunnen komen voor het hoogste aantal te behalen punten.

Bij de weging van de gunningscriteria spreekt het voor zich dat de inschrijver die voor een bepaalde wens de beste aanbidding doet, daarvoor de meeste punten krijgt toegekend. Derhalve mag een open source-aanbidding die geleverd gaat worden met een ruim gebruiksrecht meer punten krijgen dan een closed source-aanbidding waarbij veelal sprake zal zijn van een beperkt gebruiksrecht.

Een inschrijver die een aanbidding doet bestaande uit oplossingen waarvan de licentie bijvoorbeeld niet OSI-erkend⁵ is, maar die daarentegen wel voldoet aan een

5 OSI staat voor Open Source Initiative, een organisatie die zich bezig houdt met het valideren van licentieteksten aan de hand van tien voorwaarden, de open source definition, waar een licentie aan moet voldoen voordat er daadwerkelijk sprake is van een open source licentie. Voor

groot aantal kenmerken van OSI-licenties, moet in staat zijn tevoren in te schatten hoe zijn licentie beoordeeld gaat worden. Een open source softwarelicentie bevat in ieder geval (maar hoeft niet beperkt te zijn tot) de volgende vier gebruiksrechten:

- De gebruiker mag de software vrij (zonder gebruiksvergoeding) en onbeperkt gebruiken.
- De gebruiker mag de broncode inzien.
- De gebruiker mag de broncode bewerken (verbeteren en aanvullen).
- De gebruiker mag de broncode vrij distribueren (verspreiden).

Het uitgangspunt voor de weging van het gunningscriterium is dat een licentie minimaal alle vier bovengenoemde gebruiksrechten geeft. Een licentie die slechts twee van deze gebruiksrechten biedt, levert daarom minder punten op in de weging. Er is dan immers niet voldaan aan de gestelde wens. Het minste aantal punten moet toegekend worden aan een licentie die een dusdanig beperkt gebruiksrecht biedt dat geen van de vier rechten is toegestaan.

Door deze wegingsmethode te gebruiken, kunnen aanbieders van open source-oplossingen extra punten verdienen ten opzichte van oplossingen die met (zeer) beperkte gebruiksrechten worden aangeboden. Het extra gewicht dat door een aanbestedende organisatie aan deze gunningscriteria wordt gehangen, is afhankelijk van het ambitieniveau zoals kan worden bepaald in een open source-implementatiestrategie.

Downloadscenario

Naast het reguliere scenario van de aanbesteding is het ook mogelijk om onder bepaalde voorwaarden te kiezen voor het zogeheten downloadscenario waarbij de te verwerven software niet aanbesteed hoeft te worden.⁶ In de implementatiestrategie kan namelijk - als aanvullend onderdeel - worden opgenomen welk verwervingsscenario gevolgd gaat worden indien een geschikte open source-oplossing gratis via download beschikbaar is. In dat geval is er geen sprake van een aanbestedingsplicht voor die software. Voor de eventuele aanvullende diensten die nodig mochten zijn, dient uiteraard wel nagegaan te worden of deze aanbestedingsplichtig zijn.

In de voorbereidingsfase van een ICT-project zullen de functionele en technische eisen van een gewenste oplossing eerst beschreven moeten worden. Op basis daarvan zal er vaak een marktverkenning (of landschapsverkenning) plaatsvinden naar geschikte (closed source-)oplossingen. Aanvullend kan in deze fase op initiatief van de opdrachtgever ook onderzoek plaatsvinden naar beschikbare open source-oplossingen die (eventueel met kleine aanpassingen) kunnen voldoen aan de gestelde functionele en technische eisen. Daarbij moet voor die geschiktheid ook gekeken worden naar de volwassenheid en continuïteit van het product en of het past in het applicatielandschap.

Uit deze verkenning kan bijvoorbeeld blijken dat er geen geschikte open source-oplossingen beschikbaar zijn of, in het geval er zowel geschikte open als closed source-oplossingen beschikbaar zijn, dat de closed source-oplossingen op meer punten voldoen aan de gestelde functionele en technische eisen. In dat geval dient de standaard aanbestedingsprocedure te worden gevolgd.

Mocht er wel een geschikte open source-oplossing beschikbaar zijn dan kan bij

meer informatie zie: www.opensource.org.

6 Dit scenario is uitvoerig beschreven en juridisch getoetst in de handreiking *Het verwerven van (open source) software* van het programmabureau OSOSS.

voorkeur gekozen worden voor het downloadscenario. Daarbij zal ook onderzocht moeten worden of en welke aanvullende dienstverlening nodig is ter ondersteuning van de gedownloade software. Indien de vermoedelijke kosten van deze diensten boven de aanbestedingsgrens uitkomen zal er voor die diensten een reguliere aanbesteding moeten plaatsvinden. Uit aanbestedingsrechtelijk oogpunt is er namelijk niets op tegen om diensten aan te besteden voor een specifieke open source-oplossing die door downloaden reeds gratis is verkregen. Omdat het gaat om open source-oplossingen staat het immers een ieder vrij om hiervoor diensten te ontwikkelen.

Een met betrekking tot de diensten negatief uitvallende businesscase kan uiteraard reden zijn om alsnog af te zien van gratis verwerving van open source software via downloaden. Een en ander is echter ook afhankelijk van het gewenste ambitieniveau dat door de aanbestedende organisatie is opgenomen in de eigen implementatiestrategie voor open source software. Het politiek-bestuurlijke perspectief is hier van doorslaggevend belang. Bij het afzien van het downloadscenario kan weer terug worden gegrepen op het standaard aanbestedingsscenario.

Gelijke kansen voor aanbieders van open source-oplossingen

Een aanbestedende organisatie beschikt ook over de mogelijkheid om inschrijvers te stimuleren met een open source-aanbieding te komen. Ze kan er namelijk voor kiezen dat inschrijvers niet één maar twee inschrijvingen mogen doen. De volgende standaardtekst wordt dan in de praktijk vaak gebruikt:

Een Inschrijver mag maximaal twee Inschrijvingen indienen. Hierbij kan gedacht worden aan één Inschrijving op basis van een open source-oplossing en één Inschrijving op basis van een closed source-oplossing. Twee Inschrijvingen met een closed source-oplossing of twee Inschrijvingen met een open source-oplossing, dan wel een combinatie van open en closed source zijn echter ook toegestaan.

In gevallen waarbij het aantal inschrijvers beperkt zal zijn (bijvoorbeeld bij een niet-openbare procedure) kan bovenstaande werkwijze de aanbestedende organisatie meer keuzevrijheid geven. Leveranciers kunnen daarbij laten zien wat de verschillen zijn tussen een open source-oplossing en een closed source-oplossing. Hoewel deze mogelijkheid op het eerste gezicht charmant overkomt, geeft zij nog geen garantie dat aanbieders van open source software überhaupt in de gelegenheid zullen komen een aanbieding te doen. Daarvoor dient er eerst sprake te zijn van een 'level playing field'. Het actieplan signaleerde deze achterstand ook al:

'Het Kabinet wil dat bij aanbestedingen en inkooptrajecten van software voor nieuw- of verbouw en contractverlenging de aanbieders van open source software daadwerkelijk in de praktijk dezelfde kansen krijgen (...).'

Om dat gelijke speelveld te kunnen bieden, is het noodzakelijk om het programma van eisen uitvoerig op dit punt te toetsen. Zo moet het gebruik van criteria die het aanbieden van closed source software op enigerlei wijze bevorderen ten opzichte van open source software voorkomen worden. Denk daarbij aan het functioneel 'toeschrijven' naar, of het specifiek en openlijk eisen van, een gewenste closed source-oplossing of -leverancier zonder ruimte te laten voor alternatieven. Een

dergelijke handelswijze is over het algemeen strijdig met het aanbestedingsrecht.⁷

Uit Europees onderzoek⁸ bleek dat dit laatste zich tussen januari 2006 en augustus 2008 bij 16% van de onderzochte openbare aanbestedingen voor heeft gedaan. Microsoft en Oracle werden daarbij het meest genoemd. Waarschijnlijk ligt dit percentage bij de niet-openbare aanbestedingen en bij leveringen onder raamcontracten nog stukken hoger. Helaas is dit wegens het 'niet-openbare' karakter van deze aanbestedingen niet te controleren. Open source-leveranciers die het recht hebben dergelijke uitgesproken preferenties aan de rechter voor te leggen, zijn vaak huiverig om beroep in te stellen omdat zo'n rechtsprocedure onevenredig veel tijd en geld kost en daarnaast de eigen relatie met de aanbestedende organisatie op scherp zal zetten.

Om gelijke kansen te kunnen creëren moet er rekening mee worden gehouden dat in de meeste gevallen geen sprake is van een 'nul-situatie'. Daarmee wordt bedoeld dat vaak sprake is van een legacy-situatie: een bestaand gesloten systeem is het vertrekpunt van denken en handelen. Daardoor zullen de eenmalige kosten van een migratie naar een open oplossing in de meeste gevallen hoger zijn dan een migratie naar een gesloten (proprietary) systeem dat aansluit bij de legacy-situatie, bijvoorbeeld omdat het bestaande en het nieuwe afkomstig is van dezelfde leverancier.

De aanbestedende organisatie zal in deze gevallen als opdrachtgever moeten bepalen of en in hoeverre het redelijk is om de eenmalige migratiekosten mee te wegen als gunningscriterium. Deze kosten kunnen immers - afhankelijk van het ambitieniveau ten aanzien van open source software, zoals opgenomen in de implementatiestrategie - ook aanleiding zijn om af te zien van een migratie naar een andere oplossing. Het zou daarom meer voor de hand liggen om dergelijke kosten te beschouwen als exit-kosten en deze toe te rekenen aan het legacy-systeem.

Veel voorkomende discriminerende criteria

Gunningscriteria die een aanbieding van een open source-oplossing op voorhand moeilijk of zelfs onmogelijk maken, mogen niet in het programma van eisen voorkomen. Desondanks blijkt dit in de praktijk vaak (onbewust) wel te gebeuren. Zo komt het regelmatig voor dat de aanbestedende organisatie vraagt naar de omzet uit licenties of naar het aantal verkochte licenties. Een dergelijke vraag is door open source-leveranciers eenvoudigweg niet te beantwoorden. Zij behalen immers hun omzet primair uit dienstverlening en niet uit levering van softwarelicenties. Nog vaker komt het voor dat er voor omzet uit licenties zelfs een minimum eis wordt opgenomen. Ook daaraan kan een open source-leverancier moeilijk voldoen.

Door de eis voor omzet uit systemen en licenties niet te stellen en slechts de eis voor omzet uit (implementatie)diensten te gebruiken, krijgen ook kleinere (open source) leveranciers (eventueel in combinatie) de mogelijkheid om in te schrijven, hetgeen de innovatie kan bevorderen en de economie kan stimuleren.

⁷ Dit volgt uit het Unix arrest (HvJ EG, 1995, zaak C-359/93, Europese Commissie vs Nederland, UNIX). De kern van het Unix-arrest is dat bij de technische specificatie die naar een produkt of systeem van een bepaald merk verwijst de woorden '*of daarmee overeenstemmend*' moet worden gebruikt waarmee wordt voorkomen dat marktdeelnemers die gelijksoortige (open source) producten of systemen gebruiken worden uitgesloten van deelname.

⁸ "Osor Guideline on public procurement and Open Source Software". Zie: www.osor.eu/expert-studies/

Ook twijfelachtig is een verbod op zogenaamde ‘nul prijzen’ of een vereiste dat een oplossing per werkplek minimaal 100 euro moet kosten. Een aanbestedende organisatie neemt dit vereiste soms op om daarmee ‘abnormaal lage aanbiedingen’ op voorhand te kunnen uit sluiten. Door deze eisen zijn open source leveranciers echter genoodzaakt om in hun offerte voor eventueel door hen aan te bieden open source producten en licenties toch een fictieve kostenpost op te nemen. Open source licenties sluiten het vragen van een licentievergoeding echter uit. Bij referentieprojecten komt het nogal eens voor dat (als eis) gevraagd wordt om een groot project waarin de geoffreerde oplossing al geïmplementeerd is. Aan een dergelijke eis is voor open source-leveranciers natuurlijk moeilijk te voldoen als er in het verleden voornamelijk closed source-oplossingen zijn geïmplementeerd. Door dergelijke voorwaarden te stellen wordt er indirect een voorkeur gegeven aan bestaande closed source-oplossingen en -businessmodellen. Zoals gezegd is er dan geen sprake van een 'level playing field' zoals die in het actieplan NOiV als norm wordt gesteld.

Conclusie

In dit hoofdstuk is beschreven hoe de uitgangspunten van het kabinetsbeleid ten aanzien van open standaarden en open source software doorwerken in het ICT-beleid en het aanbestedingsbeleid van aanbestedende organisaties. Daarbij heb ik overigens niet de pretentie gehad uitputtend te zijn. Samenvattend kan gesteld worden dat:

- Specifiek genoemde open standaarden van de “basislijst open standaarden” in een aanbesteding geëist moeten worden, tenzij er sprake is van een explain-reden. Deze standaarden en specificaties hebben als primaire doel om interoperabiliteit tot stand te brengen tussen ketenpartners. Bij ICT opdrachten onder de € 50000,- is dit zogenaamde “comply or explain” in principe niet van toepassing.
- Open standaarden als wens altijd opgenomen zouden moeten worden. Hierbij hoeft niet specifiek naar een standaard verwezen te worden en kan deze wens vrij eenvoudig gerealiseerd worden. Leveranciersafhankelijkheid speelt hierbij een grote rol.
- Open source niet de norm is maar waar mogelijk wel de voorkeur moet krijgen. Het meenemen in een bestek van de wens om ruime gebruiksrechten is daarvoor een eenvoudige en juridisch toegestane oplossing.
- Open source software kan men eenvoudigweg downloaden en hoeft niet te worden aanbesteed zolang er geen op geld waardeerbare prestatie tegenover staat.
- Belemmeringen in de inkoop sfeer moeten daadwerkelijk worden weggenomen zodat er voor open source leveranciers een level playing field kan ontstaan. De komende jaren zal moeten blijken hoe de publieke sector om zal gaan met bovenstaande uitgangspunten en binnen welk tijdsbestek. Als er iets is wat we hebben kunnen leren uit de afgelopen jaren dan is het wel dat echte veranderingen lang op zich laten wachten. Het zou jammer zijn wanneer dit mooie actieplan daarbij zou verzanden in eindeloos overleg en bureaucratie. Het is tijd voor actie!

Over de auteur:

Mr. Mathieu Paapst is innovatiejurist. In het bijzonder richt hij zijn aandacht op intellectueel eigendomsrecht, aanbestedingsrecht en ICT-contracten. Hij is werkzaam als senior juridisch adviseur bij het programmabureau NOiV en is oprichter en eigenaar van Advotheek, een juridisch adviesbureau dat zich richt op

het snijvlak van ICT en recht. Als promovendus en docent is hij tevens 1 dag in de week verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen alwaar hij verantwoordelijk is voor het vak 'Recht en ICT'. Hij schreef zijn hoofdstuk op persoonlijke titel.